

A AUDIÊNCIA PRELIMINAR COMO FATOR DE OTIMIZAÇÃO DO PROCESSO.

O SANEAMENTO “COMPARTILHADO” E A
PROBABILIDADE DE REDUÇÃO DA ATIVIDADE
RECURSAL DAS PARTES.

Luiz Rodrigues Wambier

Advogado no Paraná; mestre em Direito pela UEL; doutor em Direito pela PUC/SP; professor do curso de mestrado em direito das Faculdades Integradas Curitiba e dos cursos de especialização em direito processual civil da UEL, da PUC/SP e da Universidade Tuiuti do Paraná. Ex-professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa.

Desde a reforma de 1994, há afirmações na doutrina, no sentido de que a introdução da audiência preliminar em nosso sistema tem profunda relação com os anseios por maior celeridade dos feitos que tramitam junto aos órgãos do poder judiciário.

Sua criação está intimamente vinculada à questão da efetividade da prestação da tutela jurisdicional que, em última análise, engloba todos os esforços em

favor de soluções ligadas à ampliação dos meios de acesso à justiça, isto é, a provimentos dotados de aptidão para a tempestiva produção de efeitos com menor custo.

A inclusão da audiência preliminar em nosso sistema processual se deu sob expressa (e confessa) inspiração do Código Modelo de Processo Civil para a América Latina, idealizado pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual e que se revela um extraordinário modelo de lei processual, construído sob os expressivos fundamentos da efetividade e da integração dos diversos sistemas processuais da América Latina e da península ibérica.

O que se buscou, com sua inclusão no CPC, foi modificar a sistemática do saneamento do processo e, com isso, criar-se ocasião apropriada (e oportuna, sob o aspecto temporal) para que o juiz efetuasse a tentativa de conciliação, antes do início da fase instrutória.

A grande demanda da sociedade por soluções do poder judiciário para seus multifacetados conflitos, tem causado, de forma notória, impressionante sobrecarga no volume de trabalho dos juízes. Soma-se a isso – como outro fator que justifica o aplauso à idéia da adoção de um momento procedimental prematuro para a tentativa de conciliação – a histórica e evidente falta de preparo (e, muitas vezes, de disposição) dos operadores, para a busca da composição. Esses dois elementos fizeram com que, ao longo da história do CPC de 1973, fosse deixada de lado a possibilidade de se levar a efeito a tentativa de conciliação “a qualquer tempo”, prevista no artigo 125, IV, do CPC.

Por certo, o sistema anterior a 1994 era inadequado, pelo menos sob o enfoque temporal, pois parecia ser absolutamente “fora de hora” lançar mão dos primeiros minutos da audiência de instrução e julgamento, para realizar a primeira tentativa de conciliação entre as partes.

Sempre consideramos verdadeiro despropósito realizar a primeira aproximação das partes, sob a condução do magistrado diretor do processo, num momento como o da audiência de instrução e julgamento.

Isso porque, nessa fase, no processo já se terá desencadeado a fase instrutória, com todos os seus custos econômicos, sem que, antes de seu início, tivesse sido conferida ao juiz a oportunidade de ter contato direto com as partes, para fins de exortá-las à composição dos interesses capaz de pôr fim ao processo.

A verdade é que, nessa tardia ocasião, o “gasto” de energia e o desembolso de recursos financeiros já terá ocorrido, por exemplo, com eventual prova

pericial (e a prática mostra que a perícia costuma ser o episódio em que mais se investem recursos financeiros no processo).

Trata-se de ocasião logicamente mais próxima do momento da prolação da sentença do que do início do processo. E só esse fator, de ordem temporal, já permite inferir que, nesse momento, as partes provavelmente têm pouca motivação para realizar acordo. Isto porque já se encontram na iminência da prestação da tutela jurisdicional (com a sentença), porque já efetuaram todo o tipo de “investimento” (gastos com a produção da prova pericial, por exemplo) necessário, restando apenas a prova oral e, logo depois, a sentença.

É, portanto, extremamente interessante e oportuna a idéia de se criar uma ocasião no processo que, dentre várias finalidades, tenha essa, específica, de proporcionar um diálogo do juiz com as partes, para a busca da conciliação. E a audiência preliminar nasceu, em nosso sistema, com esse propósito claro: servir de ocasião para a exortação do juiz às partes, em favor da conciliação, num momento bem anterior ao do início da instrução.

Tratou-se, como dissemos, de iniciativa legislativa extremamente elogiável, porque pretendeu atender a uma série de reclamos da sociedade e da doutrina, em favor da rápida solução dos litígios, medida que se requer no contexto da busca da efetividade do processo.

Apesar de tudo isso, surpreendentemente, a audiência preliminar sofreu inúmeras críticas e foi destinatária da má vontade de muitos, especial e infelizmente de vários setores da própria magistratura. Extremamente preocupados com a carga de trabalho a que estão submetidos, em razão da falta de estrutura (no poder judiciário) capaz de absorver toda a avalanche de ações que, dia após dia, aportam nas Varas, muitos juízes nela viam nada além de um fator de abarrotamento do poder judiciário, eis que, segundo muitos sustentam, a audiência preliminar serviria apenas para assoberbar ainda mais a difícil pauta de audiência das varas cíveis. De acordo com raciocínio simplista, com essa nova audiência preliminar, além da audiência de instrução e julgamento, haveria mais uma audiência em cada processo de conhecimento, ‘duplicando’, por assim dizer, a pauta destinada a essa atividade processual presidida pelo magistrado condutor do processo.

Em nosso sentir, há várias causas para tanta indisposição diante da audiência preliminar.

Muito provavelmente a primeira delas deve ter sua origem num erro de

denominação da nova audiência, quando de sua inserção no sistema processual brasileiro, em 1994. Naquela ocasião, o legislador se serviu da expressão audiência de conciliação, ao invés de audiência preliminar. A correção, feita pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, fez com que a esse momento procedimental fosse dada denominação muito mais apropriada e correta.

A denominação equivocada – audiência de conciliação – “colaborou” para o insucesso do novo momento de aproximação das partes no processo, pois favoreceu a que se formulassem interpretações no sentido de empobrecer seu conteúdo, como se apenas de momento para a tentativa de conciliação se tratasse. Isso, todavia, nunca correspondeu à interpretação que devesse ser tida como correta, nem mesmo antes da reforma de 2002.

Mesmo em sua redação original, inserida no CPC em 1994, a audiência “de conciliação” já se prestava, além de se constituir no momento oportuno para a tentativa de conciliação, a ser a sede de uma série de atos tendentes a facilitar o curso do procedimento, desse momento em diante. Essa circunstância, todavia, foi extremamente mal compreendida, especialmente por aqueles que da nova audiência deveriam extrair o maior rendimento possível, ou seja, os próprios magistrados.

Outro fator do insucesso da inovação (é expressivamente pequeno o número de casos em que da audiência os juízes se sirvam para efetivamente “aproximar” as partes com vistas ao acordo) está ligado ao despreparo dos operadores do direito para tratar eficazmente da conciliação e à falta de estrutura auxiliar que pudesse suprir a falta de habilidade dos juízes e advogados.

A formação do Bacharel em Direito não prepara o profissional para esse tipo de situação, em que muito mais prepondera a capacidade psicológica de aproximar, pacificar, convencer e, enfim, promover a conciliação dos interesses em disputa.

Esse despreparo gera má vontade e, infelizmente, todo o esforço da doutrina, traduzido em primoroso texto de lei, fica à mercê da disposição quase “heróica” de poucos, que se dispõem a efetivamente realizar a audiência preliminar com cuidado e atenção.

Poucos se deram conta do fato de a audiência preliminar ter sido trazida para o direito brasileiro como a oportunidade, desde que frustrada a tentativa de conciliação, de se realizar aquilo que nos permitimos chamar de “saneamento compartilhado”.

Cabem aqui algumas informações sobre o saneamento do processo.

Tradicionalmente o saneamento é atividade concentrada realizada pelo juiz, que dirá se o processo precisa ou não seguir adiante e quais as consequências de conclusão num ou noutro sentido.

Esse momento processual destina-se substancialmente a que o juiz extraia do processo todos os eventuais vícios de que o mesmo padeça.

Serve também para que o juiz decida a respeito das questões processuais que ainda se achem pendentes e para a preparação da instrução probatória, com a finalidade de torná-la a mais objetiva (e produtiva) possível.

Na sistemática anterior a 1994, o saneamento do processo era, sempre, um ato absolutamente solitário do juiz, realizado em gabinete, sem que houvesse qualquer contato com as partes. Do mesmo modo se dava com a importante fase da fixação dos pontos controvertidos, função então atribuída unicamente ao juiz.

Com a criação da audiência de conciliação, na reforma de 1994, passou a constar do CPC previsão no sentido de que, não obtida a conciliação das partes, deveria o juiz desde logo decidir as questões processuais pendentes, fixar os pontos controvertidos e determinar as provas a serem produzidas, designando, se necessária, a audiência de instrução e julgamento.

A audiência preliminar é, a nosso ver, um momento extraordinariamente relevante para que se dê um contato mais direto do magistrado com as partes e ou seus procuradores, justamente naquela “delicada fase do saneamento, em que, com a verificação da ausência de vícios processuais relevantes, ou com sua correção, se definem os limites dentro dos quais deve permanecer a discussão no processo, mediante a fixação dos pontos sobre os quais incidirá a atividade probatória”¹.

Não ocorrendo a conciliação, que, se verificada, determina a extinção do processo, passa-se à fase de saneamento, por força do que determina o §3º do artigo 331.

O primeiro aspecto a destacar, quanto a essa fase, é que a seção do Código de Processo Civil destinada especialmente ao saneamento do processo foi excluída do Código, por força da regra do artigo 3º da Lei 10.444, 7 de maio de 2002.

De fato, a seção antes denominada “Do saneamento do processo” passou a chamar-se “Da audiência preliminar”.

Na verdade foi um equívoco do legislador. Parece que teria sido melhor que a seção mantivesse denominação abrangente também do saneamento

do processo (poderia ser “Da audiência preliminar e do saneamento do processo”), justamente porque essa atividade organizadora do processo não foi eliminada.

Ao contrário, o novo parágrafo 3º do artigo 331 prevê especificamente essa possibilidade, sempre que não se tratar de hipótese em que a audiência preliminar se deva realizar.

O saneamento do processo, da forma como é conhecimento em nosso sistema, contemporaneamente, tem suas origens no antigo despacho saneador do CPC de 1939 que, por sua vez, foi inspirado no modelo processual civil português.

Em Portugal e aqui, no Código de 1939, essa decisão (equivocadamente denominada de despacho saneador) destinava-se ao expurgo de irregularidades e ou nulidades de que padecesse o processo. Destinava-se, portanto, a corrigir os rumos do procedimento, mediante o suprimento das eventuais irregularidades e o afastamento das nulidades.

Na verdade, a disciplina do saneamento do processo, como posta no CPC, tanto em 1973, quanto agora em 2002, está equivocada. Isso porque a atividade saneadora do juiz não se desenvolve só naquele momento, como fazem crer os dispositivos, tanto o anterior quanto o atual.

Na fase das providências preliminares ocorre verdadeiro saneamento do processo. Veja-se, por exemplo, que o artigo 324 prevê que o juiz analisará se ocorreram ou não os efeitos da revelia; o artigo 325 fala da declaração incidental, necessária para o julgamento do pedido formulado pelo autor; o artigo 326 faz referência à oposição, pelo réu que reconhece os fatos que fundam o pedido do autor, de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito.

O artigo 327 faz menção às preliminares do 301, determinando que um juiz faculte ao autor sobre elas, manifeste-se e produza prova documental.

O mesmo artigo 327 dispõe que o juiz, verificando a existência de irregularidades sanáveis, mandará supri-las. Ora, o que é isso senão o saneamento??

Mesmo os artigos 329 e 330, ao possibilitarem ao juiz a extinção do processo, permitem certo saneamento do procedimento, que será abreviado, com evidente economia de esforços e de energia.

Mas, na verdade, no CPC de 1973, antes da reforma de 2002, havia uma seção logo abaixo dessa, destinada especificamente ao saneamento.

A única explicação razoável, a única interpretação possível, é a no sentido de que o momento dado pelo legislador como o do saneamento é, na verdade, o momento em que se tem por saneado o processo, com a verificação de que as providências foram tomadas e que não é o caso de extinção do processo.

Voltando à audiência preliminar, é muito provável que, bem aplicadas as diversas possibilidades que ela oferece (conciliação ou, incorrendo esta, o saneamento “compartilhado”), estar-se-á diante de grande esforço em favor da efetividade. Isso porque amplia-se a possibilidade da redução do volume de processos pendentes, a exigir custosa instrução, sentença e eventual fase recursal. Teoricamente ao menos, parece proporcionar a diminuição das hipóteses de agravos, com a alegação de cerceamento de defesa, por exemplo, que muito provavelmente seriam interpostos em razão de falta de sintonia entre a posição adotada pelo magistrado e o interesse das partes, na fixação dos pontos controvertidos e definição do conjunto de provas de que se lançará mão na instrução.

Por óbvio, parece que faltaria interesse recursal às partes, nesse preciso momento, se da definição dos rumos do processo tivessem efetivamente participado, junto com o magistrado, e à posição uniforme tivessem chegado, no que diz respeito às questões e aos respectivos meios de prova.

Enfim, em temas como celeridade e efetividade, o Código de Processo Civil dispõe de mecanismos extremamente úteis para que se alcancem os dois objetivos (processo célere e efetivo). A audiência preliminar e o saneamento compartilhado são exemplos disso. Basta aos operadores deles se servir em com mais operosidade, competência e boa vontade.